# Die Wirkungen der Darlehnshingabe von fremdem Geld

Inaugural-Dissertation

der

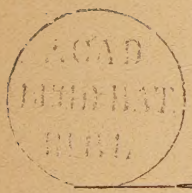
juristischen Fakultät der Landesuniversität Rostock

zur

**Erlangung der Doktorwürde**

vorgelegt von

**Karl Haniel**
Referendar



**Rostock**
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1902

Allen seinen hochverehrten Lehrern spricht Verfasser auch an dieser Stelle seinen herzlichsten Dank aus. Ganz besonders dankt er aber Herrn Professor Matthiaß zu Rostock für die so überaus liebenswürdige Anleitung bei Anfertigung der vorliegenden Arbeit.

Seiner Mutter

gewidmet

vom Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0073

# Litteraturverzeichnis.


Baron, Pandekten.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts.

Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht.

Brinz, Über „die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Historisch und dogmatisch dargestellt von Dr. Hermann Buchka“ (Kritische Blätter civilistischen Inhalts Nr. 2).

Brinz, Pandekten.

Brinz, Über „die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn und den dazu gehörigen Materien“. (Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft NF. Bd. VI).

Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen.

v. Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB. für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts.

Comte, Der Erwerb des Eigentums an Geldstücken durch Vermengung nach gemeinem bürgerlichen Recht: Corpus iuris civilis, Ausgabe von Mommsen.

Cosack, Lehrbuch des Deuschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB. für das Deutsche Reich Band I und II.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts. Band I.

Dernburg, Pandekten.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Band II.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts.

Eck, Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines BGB. Heft I.

Endemann, Lehrbuch des BGB.

Enneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht.

Fuld, „Zum Mobiliarerwerb". (Archiv für die civilistische Praxis. NF. Bd. 39 Heft 3).

Gareis, Kommentar zum BGB. Der allgemeine Teil.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten.

Haidlen, Das BGB. nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten.

Hartmann, Über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden.

Heimbach, Die Lehre von dem creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte.

Hohenemser, Die consumtion des Geldes durch Vermischung und Verausgabung.

Hölder, Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil.

v. Holtzendorff, Encyklopädie (Rechtslexikon).

Huschke, Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen und den dazu gehörigen Materien.

J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten. NF. Bd. II Nr. 223 und 316.

J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten. NF. Bd. X Nr. 285.

J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten. NF. Bd. IV Nr. 295.

Jehring, Mitwirkung auf fremde Rechtsgeschäfte.

Jehring, Mitwirkung auf fremde Rechtsgeschäfte. (Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts) Band I und II.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB. für das Deutsche Reich.

Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts von Windscheid unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, Band I und II.

Kramer, Der Dahrlehnsbegriff des BGB.

Lenel, Stellvertretung und Vollmacht. (Jehring's Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts).

Leonhard, Der allgemeine Teil des BGB. in seinem Einflusse auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft.

Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Band I u. II.

Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht.

Motive, zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich (Amtliche Ausgabe).

Niemeyer, Eigentumserwerb an Geld durch Vermischung (Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht. NF. Bd. 27 Heft I und II.)

Oertmann, Kommentar zum BGB. Das Recht der Schuldverhältnisse. Teil I.

Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer heutigen Anwendbarkeit.

Pernice, Labeo: Römisches Privatrecht Bd. III, Abt. I.

Planck, BGB.

Protokolle zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich.

Regelsberger, Pandekten.

Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis Bd. I.

Rock, Die Erleichterung für Eigentumserwerb an Geld nach gemeinem Recht und BGB. (Inaugural-Dissertation).

Rosenthal, BGB.

Roth, Lehrbuch des deutschen Privatrechts.

Savigny, Das Obligationenrecht Bd. II.

Scherer, Allgem. Teil und Recht der Schuldverhältnisse des BGB. für das Deutsche Reich.

Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgem. Privatrechts. Bd. I, Heft I. „Das Darlehn".

Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung. Teil I.

Schloßmann, Das Darlehn auf fremden Namen.

Schmidts, Cessionslehre.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. für das Deutsche Reich.

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht.

Stieve, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem BGB.

v. Liszt, Deliktsobligationen im System des BGB.

Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten (Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 89 Heft I und II).

Windscheid (Kipp), Pandekten 8. Auflage.

Wächter, Pandekten.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäfte. Eine psychologisch-juristische Untersuchung.

Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entw. eines BGB. für das Deutsche Reich. Studien, Kritiken, Vorschläge.

Zitelmann, Das Recht des BGB. Allgem. Teil.

# Inhaltsübersicht.

A. Das Darlehn im allgemeinen . . . . . 9
B. Die Darlehnshingabe von fremdem Geld.
I. In eigenem Namen . . . . . 13
II. In fremdem Namen . . . . . 40
a. Im Namen des Eigentümers.
b. Im Namen eines beliebigen Dritten.
C. Fortschritt des BGB. im Vergleich zum römischen und gemeinen Recht . . . . . 55

# A.

„Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehn empfangen hat, ist verpflichtet dem Darleiher das Empfangene in Sachen gleicher Art, Güte und Menge zurückzugeben",[1] so beschreibt das BGB., ohne zu definieren, im engen Anschluß an das römische Recht[2] das Darlehn. Demgemäß besteht der Darlehnsvertrag in der Übertragung von vertretbaren Sachen auf einen Andern, mit der Verpflichtung für diesen, tantundem eiusdem generis et qualitatis zurückzugeben.

Wesentlich ist also zunächst eine Quantität vertretbarer Sachen, d. h. solcher Sachen, die im Verkehr nach Maß, Zahl oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen,[3] z. B. Geld, Kohlen, Getreide u. s. w. Immer sind es demnach bewegliche Sachen, bei denen es sich im Geschäftsverkehr nicht um das einzelne Stück, sondern um die Gattung handelt. Daß eine regelmäßig als vertretbar angesehene Sache im Einzelfalle auch als Spezies angesehen werden kann, ist natürlich dem Willen der Parteien freigestellt, dem Gesetz aber kommt es hier nur auf die nach allgemeiner Verkehrsanschauung der Sache anhaftende Eigenschaft an.

---

[1]) § 607 BGB.
[2]) L 2 pr. D. 12, 1.
[3]) § 91 BGB.

Der Normalfall der Darlehnshingabe, der auch zugleich der wichtigste ist, und von dem in der vorliegenden Bearbeitung allein die Rede sein wird, ist die Darlehnshingabe von Geld. Wir müssen hier unterscheiden zwischen Geld im engeren und im weiteren Sinne.[1] Geld im engeren Sinne bildet den gesetzlich anerkannten Wertmesser und das gemeine Zahlungsmittel für einen bestimmten Kreis von Personen, was wir im allgemeinen mit Währung bezeichnen. Zum Begriff des Geldes im engeren Sinne gehört der sogenannte Zwangskours. Darunter versteht man den Zwang, das Geld an Stelle eines bestimmten Wertes hinzugeben und anzunehmen. Regelmäßig kommt hier also nur inländisches Geld in Betracht und zwar Metallgeld. Kassenscheine und Banknoten gehören deshalb nicht hierher, weil nur für die Reichs- und Landeskassen ein Annahmezwang besteht.

Im weiteren Sinne bedeutet Geld jedes im Verkehr anerkannte Mittel, das nur durch seinen Tauschwert dient. Es besteht hier keine gesetzliche Pflicht zur Annahme oder Leistung, aber die Hingabe wird dennoch als Zahlung, nicht etwa als datio in solutum angesehen.

Zum Begriff des Geldes in diesem weiteren Sinne gehören also nicht nur unsere Reichsmünzen, sondern auch ausländische Münzen, in beschränktem Sinne sogar Barren, sofern sie nur bei uns in Zahlung genommen werden. Form und Stoff spielt keine Rolle. Also nicht nur beliebiges Metall darf zu den Münzen verwendet sein, nein auch

[1]) S. Matthiaß Lehrbuch I § 44. Dernburg BGB. B III § 4. Hartmann, „Über den rechtlichen Begriff des Geldes u. d. Inh. von Geldschulden" § 9. Enneccerus und Lehmann BGB. Bd. II § 153. Goldschmidt Handelsrecht I, S. 1060 ff. Comte, „Der Erwerb des Eigentums von Geldstücken durch Vermengung". S. 18 ff.

Papiergeld entspricht den Erfordernissen eines solchen Zahlungsmittels.[1] Denn das Papiergeld, mögen es Banknoten oder Kassenscheine sein, obwohl es keinen eigenen Wert besitzt, lautet doch auf Metallgeld und besorgt auch dieselben Umlaufsfunktionen wie dieses. Im Übrigen sind die Banknoten als Anweisungen des Ausstellers auf sich selbst anzusehen, mit der Verpflichtung für ihn, die Note jederzeit in Zahlung zu nehmen, oder ihren Nennwert in Metallgeld auszuzahlen. So auch die Kassenscheine, sie enthalten stets das gleiche Annahmeversprechen wie die Banknoten. Zum Unterschiede fehlt aber gewöhnlich das Einlösungsversprechen. Jedoch kann auch dieses, gleich wie bei den Banknoten, mit jenem verbunden sein. Somit wird also als Geld im weiteren Sinne jedes im Verkehr anerkannte Zahlungsmittel angesehen, und dieser Begriff der vorliegenden Arbeit zu Grunde gelegt.

Als zweiter Grundbestandteil des Darlehns erscheint die Eigentumsübertragung. Regelmäßig ist ein Darlehen unmöglich, wenn der Hingebende mangels Eigentums an dem hingegebenen Gelde oder infolge seiner Veräußerungsunfähigkeit zur Eigentumsübertragung nicht im Stande ist.[2] Das Gesetz selbst spricht zwar überhaupt nicht von der Notwendigkeit eines Erwerbes zu Eigentum für den Darlehnsnehmer, sondern sagt nur, „wer empfangen hat". Der Zweck des Darlehens verlangt aber eine solche, denn derselbe geht schon nach der Ansicht der römischen Juristen[3] auf „utendum dare", eine Gebrauchsüberlassung.

[1]) Nicht die Eigenschaften des Geldes besitzen die sogen. Geldpapiere wie Wechsel, Cheks u. s. w.

[2]) Ausnahmen s. Arbeit unter Vermengung, consumtion und specification. S. 23 ff.

[3]) L 9. § 9, L 11 pr. D de R. c. 12, 1.

Und dieser Zweck ist nur dann völlig zu realisieren, wenn dem Darlehnsempfänger die Sachen zu Eigentum übertragen werden. Denn regelmäßig sind die vertretbaren Sachen, um die es sich doch bei der Darlehnshingabe allein handelt, auch verbrauchbare Sachen,[1] also Sachen, welche ohne den Verbrauch, der hier in der Aufgabe des alten Eigentums besteht, überhaupt nicht verwendet werden können. Ein Darlehen ohne Eigentumsübertragung entbehrt also seines Zweckes. Deshalb ist die Notwendigkeit des Eigentumsüberganges zur Perfektion des Darlehens wohl anzunehmen.[2] Ob die Eigentumsübertragung auf direktem oder indirektem Wege stattfindet, ist völlig gleichgültig. Fälle letzterer Art bilden z. B. die Übergabe von Sachen mit der Ermächtigung, sie zu verkaufen und den Erlös als Darlehn zu behalten, (sogenannter contractus mohatrae), sowie die Verwandlung einer bestehenden Schuld in ein Darlehn.

Drittens endlich bedarf das Darlehn zum gültigen Zustandekommen der Willenseinigung der Parteien, die wieder die Handlungsfähigkeit beider Kontrahenten voraussetzt. Diese Willenseinigung, oder die Darlehnsberedung, muß sich auf alles beziehen, was zur Gültigkeit des Darlehnsvertrages notwendig ist. Daß die Parteien gewillt sind zu geben und zu nehmen, um damit ein Rechtsgeschäft mit dem Inhalt des Darlehns zu begründen. Hieraus ergiebt sich notwendig, daß der Nehmer sich verpflichtet dem Darlehnsgeber tandumdem eiusdem generis et qualitatis zurückzugeben. Eine Verpflichtung, die das Gesetz im An-

---

[1]) Auf alle Fälle ist Geld als verbrauchbare Sache anzusehen.
[2]) So auch Windscheid (Kipp) Aufl. 8, Bd. II, § 370 I.

schlusse an das römische Recht für das Zustandekommen eines Darlehens ja auch ausdrücklich hervorhebt.[1] Damit haben wir die 3 Voraussetzungen für das gültige Zustandekommen eines Darlehns festgestellt: Eine Quantität vertretbarer Sachen, Eigentumsübertragung und Darlehensberedung.

Der natürlichste und einfachste Fall des Darlehens ist die direkte Hingabe von eigenem, barem Gelde an einen anderen zum Zwecke der Darlehnsbegründung. A[2] giebt also sein Geld dem B als Darlehen hin. Fehlt hier keine notwendige Voraussetzung für das Zustandekommen des Darlehns, so bietet dieser Fall dinglich wie obligatorisch keine weitere Schwierigkeit.

## B.

Ganz anders und bedeutend verwickelter wird aber die Situation, wenn A statt des eigenen Geldes fremdes hingiebt, also bei der Darlehnshingabe von fremdem Geld.

Hier giebt es zwei Möglichkeiten: A kann in eigenem und in fremdem Namen handeln.

### I.

Behandeln wir zunächst den ersten Fall als den sprachlich näher liegenden und wichtigeren von beiden: A giebt also das Geld des B in eigenem Namen an C als Darlehen. Es beschäftigt uns an erster Stelle die Frage,

---

[1]) § 607 BGB.

[2]) Zur Erleichterung der Darstellung sei, wo angebracht, der Darlehnsgeber mit A, der Eigentümer mit B, der Darlehnsempfänger mit C, jeder beliebige Dritte mit X bezeichnet.

kommt durch die Hingabe von fremdem Geld in eigenem Namen zum Zwecke der Darlehnsbegründung ein Eigentumsübergang auf den Empfänger überhaupt zu Stande, und wird somit, die übrigen Voraussetzungen für ein Darlehen als gegeben angenommen, ein gültiges Darlehen begründet? Setzen wir zu diesem Zwecke zunächst einmal guten Glauben beim Darlehnsempfänger voraus; guten Glauben nämlich darüber, daß A wirklich Eigentümer des hingegebenen Geldes sei.[1] Das Vorhandensein des guten Glaubens übt im römischen und gemeinen Recht hier allerdings keinerlei Wirkung aus. Nemo plus iuris transferre potest, quam ibse habet,[2] lautet ein römischer nnd gemeinrechtlicher Fundamentalsatz, der sich hier, trotz Übergabe und Consens auf Geber- und Nehmerseite und guten Glaubens beim Nehmer jedem sofortigen Eigentumsübergang entgegengestellt, das Zustandekommen eines Darlehens zunächst also unmöglich macht. Anders im BGB.[3] Dieses geht im Prinzip zwar auch von dem Grundsatze des römischen und gemeinen Rechts aus, durchbricht es aber durch die weitgehende Ausnahme des § 932. Die Aufnahme des deutschrechtlichen Satzes „Hand wahre Hand" hat hier einen Wandel geschaffen und dem guten Glauben beim Darlehnsempfänger eine hervorragende Bedeutung beigelegt.

§ 932 besagt, daß bei gutem Glauben auf Seiten des Empfängers in dem Augenblicke, der nach den Vorschriften des § 929 den Eigentumsübergang zuwege bringt, auch dann Eigentum übergeht, wenn die Sache dem Veräußerer nicht gehört.

---

[1]) Genaueres n. g. Gl. s. S. 16 ff. d. Arbeit.

[2]) Im röm. Recht gab es eine Ausnahme zu Gunsten der Verkäufe durch den Fiskus.

[3]) s. Dernburg BGB. Bd. III, S. 282, 283. Windscheid (Kipp) Bd. I, S. 905. Matthiaß Lehrb. Bd. II, S. 48, 49.

Der § 935[I] schließt zwar trotz guten Glaubens den Eigentumsübergang von Sachen, die gestohlen, verloren oder sonstwie abhanden gekommen sind, aus, aber diese Ausnahme kommt für unsern Fall, in dem es sich nur um Geld handelt, nicht in Betracht.

Bestimmt doch § 935[II] ausdrücklich, daß Geld, Inhaberpapiere und Sachen in öffentlichen Versteigerungen von der letzten Bestimmung ausgenommen sind. Diese Ausnahme stellt die Regel wieder her.

Das Gesetz verlangt also zum Zweck des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer zunächst eine Veräußerung nach den Vorschriften des § 929, bestehend in Einigung und Übergabe.[1]

Dieser Veräußerungsvorgang ist, wie § 929 unzweifelhaft darthut, notwendige Voraussetzung des Eigentumsüberganges. Die Veräußerung selbst darf nicht nichtig oder anfechtbar sein, wie z. B. im Falle der Veräußerungsunfähigkeit des Veräußerers. Ein solcher Mangel kann auch nicht durch guten Glauben geheilt werden. Eine besondere Form ist nicht für den Übertragungsvertrag vorgeschrieben, und das ist natürlich, um die Eigentumsübertragung von beweglichen Sachen nicht unnötig zu erschweren.

Formlose Einigung und Übergabe sind also im Sinne des § 929 erforderlich und genügend. Daß die Vorschriften des § 932, der nur von Veräußerung spricht, auch auf die Hingabe eines Darlehens anzuwenden sind, ist zweifellos. Eine Veräußerung bezweckt auch das Darlehen. Fernerhin

---

[1]) So Matthiaß Lehrb. Bd. II, S. 44. Enneccerus u. Lehmann a. a O. Bd. II, § 22. Endemann a. a. O. Bd. II. § 80. Dernburg. BGB. Bd. III, § 98.

die obligatorischen Verpflichtungen, die sich aus dem Darlehen ergeben, eine res eiusdem generis et qualitatis zurückzugeben, die Zinszahlungspflicht[1], die Möglichkeit der Kündigung u. s. w. sind kein Hindernis, die Anwendung des § 932 auch auf den Fall der Darlehnshingabe auszudehnen. Denn auch bei der Darlehnshingabe wird als nächster Erfolg offenbar die Eigentumsübertragung gewollt.[2]

Sodann verlangt das Gesetz auf Grund des § 932 guten Glauben beim Erwerb. Was unter demselben zu verstehen ist, ergänzt der Abschnitt II des gleichen Paragraphen. Derselbe stellt nämlich grob fahrlässiges Nichtwissen dem Wissen gleich.

In diesem strengen Sinne verlangt das Gesetz also guten Glauben und zwar darüber, daß die Sache dem Veräußerer gehört.

Durch diesen letzten Satz tritt das BGB. offenbar in einen scharfen Gegensatz zum HGB., dessen § 366[1] schon den guten Glauben über die Verfügungsberechtigung des Nichteigentümers genügen läßt.[3]

Den Ausführungen Wendt's,[4] der beide Gesetze in Einklang und auf den weitherzigen Standpunkt des Handelsgesetzbuchs gestellt haben will, kann ich durchaus nicht

---

[1]) Holtzendorff, Rechtslexikon Zinsen. Vergl. Windscheid (Kipp) 8. Aufl. Bd. II S. 63 ff. Enneccerus und Lehmann, das BGB., Buch II § 156 i. a.

[2]) Regelmäßig also nach § 929, aber auch § 930 und § 932 sind auf das Darlehen ausdehnbar. Also auch durch constitutum possessorium und brevi manu traditio kann ein Darlehn zustande kommen. Anders: Fischer-Henle, Aufl. 4, zu § 607 Note 1.

[3]) So auch Fuld „Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht." (Archiv für die civilistische Praxis Bd. 89 Heft 3 S. 407 ff.; auch Endemann a. a. O. Bd. II § 81. 3a)

[4]) Wendt. „Erwerb von einem Nichtberechtigten". Archiv für die civil. Praxis. Bd. 89 Heft 1 u. 2. S. 61 ff.

beipflichten. Derselbe führt aus, der Erwerb vom vermeintlichen Eigentümer bilde zwar den Musterfall des § 932, aber auch der Erwerb vom vermeintlich Verfügungsberechtigten gehöre hierher. Denn der Pfandgläubiger z. B. sei Nichteigentümer und veräußerungsberechtigt, und wenn man bona fide vom vermeintlichen Pfandgläubiger erwerbe, geschehe der Erwerb wissentlich vom Nichteigentümer. Meiner Ansicht nach aber ist es falsch aus diesem Beispiel so weitgehende Schlüsse zu ziehen. Nimmt doch der Pfandgläubiger im Recht eine solche Ausnahmestellung ein, daß es doch als sehr gewagt erscheinen muß bei ihm vielleicht zutreffende Ausnahmen verallgemeinern zu wollen. Zudem ist das BGB. im engen Anschluß an das Handelsgesetzbuch ausgearbeitet worden. Viele Normen des alten Handelsgesetzbuches sind in das BGB. übernommen und so auf alle bürgerlichen Verhältnisse ausgedehnt worden. Warum sollte gerade das BGB. für diesen Satz, daß man gutgläubig auch vom vermeintlich Verfügungsberechtigten erwerben könne, die neue verengerte Fassung gewählt haben? Doch sicherlich nicht ohne Grund. Und der Grund kann doch nur der sein, jene handelsrechtliche Norm nicht auf das gesamte bürgerliche Verkehrsleben auszudehnen. Zudem erscheint diese ratio sehr einleuchtend, da doch im Handelsverkehr die große Masse der Geschäfte durch verfügungsberechtigte Nichteigentümer vorgenommen wird, und hier deshalb zum Schutze der allgemeinen Rechtssicherheit diese Ausdehnung geboten erscheint, die im bürgerlichen Geschäftsverkehr, der doch an Bedeutung soviel geringer, leicht zu entbehren ist. Der zweite Grund, den Wendt für seine Annahme anführt, ist der: „Das RR. lasse unter denselben Verhältnissen eine Ersitzung zu, deshalb müsse nach den Grundsätzen des BGB.

sofortiger Erwerb eintreten." Eine sehr gewagte Folgerung, die im BGB. meiner Ansicht nach in nichts ihre Begründung findet. So ist denn die Erweiterung des § 366 HGB. jedenfalls als ein Sonderrecht des Handels anzusehen,[1] (eine Ansicht, die wohl auch als die herrschende bezeichnet werden darf) und unter gutem Glauben im Sinne des § 932 BGB. ist nur zu verstehen: Die nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis von dem Nichteigentum des Veräußerers.[2]

Diesem guten Glauben wird durch das Gesetz die eigentümliche Wirkung beigelegt, den Mangel im Rechte des Veräußerers zu heilen.[3] Es vollzieht sich somit, vermöge dieses Ausgleichs in Verbindung mit dem Thatbestand des Übertragungsgeschäfts ein abgeleiteter Erwerb des Eigentums.

Denn ohne das Übertragungsgeschäft würde dem Erwerber sein guter Glaube nichts nützen. Aber eben dieser

---

[1]) Staub, Kommentar z. HGB. (6. 7. Aufl.) S. 1074.

[2]) So auch Matthiaß a. a O., Bd. II. S. 49. „Der Erwerber ist dann nicht in gutem Glauben, wenn er den Rechtsmangel beim Veräußerer oder die Rechte Dritter an der Sache kannte, oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte." vgl. Dernburg, Pand., Bd. III. §§ 97, 102, 103; Enneccerus-Lehmann a. a. O. Bd. II § 22; Endemann a. a. O. Bd. II, 1 § 81.

[3]) Endemann a. a. O., Bd. II[1] § 81 Anm. 12 und 13. „Der gute Glaube des Erwerbers giebt den wahren Rechtsgrund des Eigentumserwerbes nicht ab, sondern der Grund liegt in der von der Besitzgewalt geschaffenen formalen Legitimation, in der gesetzlich mit dem Besitz verbundenen, objektiv bestimmten Verfügungsgewalt. Es handelt sich hier also nicht etwa um einen originären Besitzerwerb oder vielleicht um eine momentane Ersitzung. Ebenso: Matthiaß, Lehrb. II S. 49; Dernburg, Pand. Bd. III. § 97; Wendt, Archiv Bd. 89. S. 18 u. 21. Anders: Bekker, System des Pandektenrechts Bd. I § 33 Beil. IV. „Nicht die Übertragung, sondern das eigene gutgläubige Thun gewährt dem redlichen Erwerber das Eigentum." Ähnlich: Enneccerus-Lehmann a. a. O. Bd. II § 22 sub 4 S. 79, der auch originären Besitzerwerb annimmt.

gute Glauben, dessen unentbehrliche Grundlage natürlich die Veräußerung bildet, muß vorhanden sein im Momente, in dem auf Grund des § 929 Eigentum erworben wird, also regelmäßig im Augenblick der Übergabe, folgt jedoch der dingliche Vertrag nach, im Momente der Einigung. Die mala fides superveniens schadet demnach nicht, wie aus den Worten des § 932 deutlich hervorgeht.

Ziehen wir aus dem Vorigen die Konsequenzen für unsern Fall! Nach den Bestimmungen des BGB. geht, einen gültigen Eigentumsübertragungsvertrag vorausgesetzt, bei gutem Glauben des Darlehnsempfängers zur Zeit der Übertragung ohne weiteres Eigentum auf denselben über.

Diese so einfache und dem Verkehr so nützliche Art des Eigentumserwerbes, die eine Prämie auf den guten Glauben setzt, war, wie erwähnt, dem römischen und gemeinen Recht völlig unbekannt. Man suchte im Interesse der Verkehrssicherheit auf einem allerdings viel beschwerlicheren Wege dasselbe Ziel zu erreichen, nämlich auf dem Wege der Ersitzung. Dies Mittel war das einzige, um Eigentum vom Nichteigentümer zu erwerben, wenn wir von der consumtion, der Vermischung und der specification absehen, Mittel, die auch bei schlechtem Glauben des Darlehnsempfängers wirksam sein können, und deshalb erst an späterer Stelle besprochen werden sollen.[1]

Die Ersitzung von Geld wird in den Digesten erwähnt.[2] Sie ist bei Geld schon an sich schwer denkbar, da man doch während der ganzen Zeit ein ganz bestimmtes Geldstück verwahren müßte. In Verbindung mit dem Darlehnsbegriff führt sie aber an sich gerade zu einem Wider-

[1]) Fruchterwerb kommt als Erwerbsart bei Geld nicht in Betracht.
[2]) L 67 D de iure dot. 23, 3.

sinn, da der ganze wirtschaftliche Zweck des Darlehns, den Interessen des Empfängers durch Verbrauch des Geldes zu dienen, damit verloren geht. Obwohl der Fall also praktisch nie vorkommen wird, wollen wir ihn doch der Vollständigkeit halber konstruieren.

Erfordernis ist also, daß die bestimmten Geldstücke während der vorgeschriebenen Ersitzungszeit iusto titulo et bona fide besessen werden.[1] Nach der herrschenden Meinung genügt aber schon ein putativ-Titel.[2], [3], [4]. Kann kein Titel nachgewiesen werden, so geht das Eigentum erst mit der Verjährung des Eigentumsanspruches wegen Vorenthaltung der Sache auf den gutgläubigen Besitzer über.[5] Diesen Vorgang, der auf direktem Wege den Eigentumsübergang bewirkt, bezeichnet man als außerordentliche Ersitzung.

Hinsichtlich der Ersitzung findet also doch auch schon im RR. ein gewisser Schutz des guten Glaubens statt, ein Schutz aber, der bei gestohlenen und verlorenen Sachen gänzlich versagt, d. h. es ist auch keine Ausnahme für Geld,

---

[1]) L. 67 D. 23, 3 de iure dotium.

[2]) L. 3 D. 41, 5 pro herede.

[3]) S. Windscheid (Kipp) Bd. I. § 78, Note 6. Roth a. a. O. § 146 Note 44.

[4]) Im RR. gab es in der Ersitzungslehre über die Notwendigkeit eines Ersitzungstitels eine Kontroverse.

Die einen nahmen an, es genügt, daß der Besitzer erworben zu haben glaubt, während das Übertragungsgeschäft nichtig ist, ja ohne daß ein Übertragungsgeschäft überhaupt vorliegt. Die sogen. Ersitzung pro suo.

Die anderen verwerfen die usucapio pro suo und begründen: Error falsae causae usucapionem non parit, velut si quis cum non emerit emisse se existimans possideat.

F r 27 D de usurpationibus et usucapionibus 41, 3.

F r 3 D pro suo 41, 10.

[5]) Windscheid (Kipp) Bd. I. § 183 und 192.

Inhaberpapiere und den Erwerb in öffentlicher Versteigerung anerkannt.[1]

Das BGB. hat sich für eine Art außerordentlicher Ersitzung entschieden, die sich aber von dieser wesentlich dadurch unterscheidet, daß sie kürzere Zeit zu ihrer Vollendung bedarf.

Das BGB. sieht also von einem Titel ab und verlangt nur 10 jährigen, gutgläubigen, fortgesetzten Besitz. (§ 937.)

Mala fides superveniens aber hindert wie im gemeinen Recht, jedoch im Gegensatz zum RR., die Ersitzung.[2]

Durch den sofortigen Erwerb bei gutem Glauben einerseits und das Erfordernis des guten Glaubens zur Ersitzung andererseits sind die Fälle der Ersitzung nach BGB. erheblich eingeschränkt. Die Ersitzung würde sich demnach auf von Sachen beschränken, die gestohlen, verloren oder sonstwie abhanden gekommen sind. Diese Fälle kommen aber auf Grund der Ausnahme des § 935 für Geld, infolgedessen für unsern Fall überhaupt nicht in Betracht. Die Fälle der Verfügungsunfähigkeit des Veräußerers und der Nichtigkeit des dinglichen Vertrages bilden aber mögliche Fälle der Ersitzung von Geld für das BGB.

Viel leichter ist nach RR. der Fall denkbar, daß der Dritte, der infolge der Nichtberechtigung des Darlehnsgebers nicht sofort Eigentum erwerben, also Darlehnsschuldner werden konnte, durch gutgläubigen, fortgesetzten Besitz, während der ordentlichen Ersitzungszeit Eigentum erfaß, und damit das Darlehn erwarb.

---

[1]) Ausnahme f. fiskalische Versteigerungen.

[2]) Buchka, a. a. O. S. 206 gem. R.
mala fides superveniens nocet.
auch Matthiaß Lehrb. Bd. II, S. 52.

Wir betrachten nun denselben Fall unter der Voraussetzung des schlechten Glaubens beim Darlehnsempfänger.

Diese Abwesenheit des guten Glaubens hat im römischen und gemeinen Rechte keinerlei Einfluß auf den Eigentumserwerb, mit Ausnahme desjenigen durch Ersitzung; in unserem heutigen bürgerlichen Recht bedeutet sie Alles. Für eine Untersuchung bleibt hier demnach nichts mehr übrig: Das römische und gemeine Recht ist indifferent gegen den guten Glauben beim Empfänger. Das BGB. erfordert zu einem Eigentumsübergange auf Grund des § 932, wie im vorigen Teil schon gesagt, guten Glauben, und endlich, wie oben schon erwähnt, ist Ersitzung als Mittel des Eigentumserwerbs für den schlechtgläubigen Erwerber ebenfalls nach beiden Rechten völlig ausgeschlossen. Denn so sehr sich auch die Ersitzung des römischen Rechts und des BGB. sonst von einander unterscheiden, so stimmen sie doch darin überein, daß sie beide guten Glauben wenigstens für den Beginn der Ersitzung verlangen.

Ein Darlehn kann also selbst beim Vorhandensein aller übrigen Voraussetzungen für dasselbe bei mala fides des Empfängers im Augenblick der Übergabe infolge des mangelnden Eigentumsüberganges nie zustande kommen. So steht es, wenn wir lediglich vom Gesichtspunkt des bösen Glaubens beim Darlehnsempfänger aus urteilen.

Um so mannigfacher sind die Wirkungen, die sich uns bei der Betrachtung unseres Falles ohne Rücksicht auf den bösen oder guten Glauben beim Darlehnsempfänger zeigen.

Daß nach beiden Rechten Genehmigung durch den Eigentümer den Mangel beim guten wie beim schlechtgläubigen Erwerber zu heilen vermag, erscheint natürlich.[1]

[1]) genaueres Matthiaß Lehrb. Bd. I, § 57 i. A.

Muß dem Eigentümer doch die Berechtigung zustehen aus einer über seine Sache getroffenen Verfügung allen nur möglichen Nutzen zu ziehen und deshalb eine Veräußerung oder in unserem Falle eine Darlehnshingabe, wenn es ihm dienlich erscheint, nach seinem Belieben anzuerkennen. Die Wirkung der Genehmigung ist im übrigen analog der bei vollmachtsloser Geschäftsführung in fremdem Namen, die unten noch eingehender besprochen werden wird. In beiden Rechten tritt Rückwirkung auf den Moment des Vertrags ein; damit Heilung von Grund aus. Im vorliegenden Fall gilt Eigentum im Moment der Übergabe als erworben. Ein Darlehn ist also, bei Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen gültig zustande gekommen.

Es bleiben uns nun noch drei Erwerbsgründe für das Eigentum, die mehr thatsächlicher als rechtlicher Natur sind, die das römische und gemeine Recht wohl zweifellos anerkannt haben, deren Anwendbarkeit auf das BGB. aber einer eingehenden Prüfung bedarf.

Die commixtio, die consumtio und specificatio.

Beginnen wir mit der ersteren: Der Vermischung oder Vermengung, wie das BGB.[1] in einem, vielleicht an dieser Stelle unnötigen Wortreichtum, sich ausdrückt. Denn der Ausdruck „vermischen" allein wäre sehr wohl imstande in dieser doppelten Weise verwandt zu werden, und macht damit die Unterscheidung, die sicherlich im Sinne des römischen confusio und comixtio gedacht ist, wohl überflüssig.

Daß durch Vermischung Eigentum erworben wird, ergeben die Quellen an 3 Stellen.[2] Die L 78 besagt,

[1] BGB. § 948.

[2] v. L 78 D de sol. 46, 3. L 5 pr. D de RV 6, 1. § 28. I. de RD. II. 1.

daß durch sie Alleineigentum erworben wird, die beiden anderen Quellenstellen sind der Ansicht daß Miteigentum entsteht.

Aber wenn wir, ehe wir weiter folgern, uns die 3 sich scheinbar widersprechenden Stellen ansehen, so ist man sich, nachdem man früher den Unterschied auf bona fides oder titulus zurückführen wollte, jetzt wohl allgemein darüber klar, daß die lex 78 nur von Geld spricht und diesem eine Sonderstellung einräumt, während die beiden anderen Stellen Getreide nur als Beispiel für die übrigen festen Sachen anführen.[1]

Wie ist es aber überhaupt denkbar, daß durch einen so rein mechanischen Akt, wie die Vermischung von Geld, Eigentum übergeht? Ich kann mich hier nur Bechmann[2] anschließen, wenn er sagt: „Eine bloße räumliche Beziehung kann für sich allein doch unmöglich der innere Grund einer Eigentumsveränderung sein". Man hat die mannigfachsten Lösungen dieses Rätsels versucht. Durch accession, wie Puchta[3] annimmt, ist die Erklärung jedenfalls nicht gegeben. Denn um dieselbe begrifflich zu ermöglichen, muß eine Sache die Hauptsache darstellen, entstünde doch sonst Miteigentum. Das Geld des Empfängers, das mit dem Empfangenen zusammengeworfen wird, müßte also immer

---

[1]) Niemeyer leugnet das, und behauptet, daß die Grundsätze der beiden anderen Stellen sich auf Geld wie auf Getreide bezögen, und daß letzteres an beiden Stellen nur als Beispiel für Fungibilien gebraucht sei. Niemeyer „Eigentumserwerb an Geld durch Vermischung". (Ztschr. für das gesamte Handelsrecht. N. F. Bd. 27. S. 20—35).

[2]) Bechmann „Zur Lehre von Eigentumserwerb durch accession und von den Sachgesamtheiten" S. 29—31.

[3]) Puchta, Pandekten § 163 a. E., ähnlich Pagenstecher, „die röm. Lehre vom Eigentum in ihrer heutigen Anwendbarkeit Bd. II. S. 360.

die Hauptsache bilden, eine Unmöglichkeit. Zudem versteht man unter Verbindung die Herstellung eines körperlichen Zusammenhanges von Sachen, und davon kann bei Geld nicht die Rede sein. Ich möchte den Grund des Eigentumsüberganges vielmehr in der durch die Vermengung hervorgerufenen consumtion des Geldes suchen, eine Ansicht, die wohl auch als die herrschende anerkannt ist.[1] [2] Eine derartige Vermengung verursacht individuelle Unauffindbarkeit der einzelnen Geldstücke; denn die Kenntlichkeit der einzelnen Stücke geht verloren. Die Folge ist, daß sie als Bestandteile des Vermögens des früheren Eigentümers untergehen, (natürlich aber nicht körperlich) und damit denjenigen, der sie unter seinen Geldstücken durch die Vermischung besitzt, Eigentum erwerben lassen.

---

[1]) s. Dernburg, „Heidelberg. Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft" Bd. I S. 155.

So Ihering, Jahrbuch f. Dogmatik. Bd. 16 S. 245.

So Bechmann, „Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch accession S. 31.

So Savigny, „Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts." Bd. II S. 144.

vergl. auch Comte. „Der Erwerb des Eigentums an Geldstücken durch Vermengung". Inaug.-Dis. S. 85 ff.

Rock, „Die Erleichterung für den Eigentumserwerb an Geld." Inaug.-Dis. S. 19.

ebenso Glück, Pandekten Bd. 8 S. 93.

„ Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 13 S. 367 ff.

[2]) Contra: Niemeyer a. a. O. S. 34 Derselbe behauptet auf Grund der Worte Justinians „Durch die Vermischung non ex voluntate dominorum wird an den Eigentumsverhältnissen nichts geändert. Nur tritt an die Stelle der individuellen die utilis rei vindicatio.

Hiergegen möchte ich anführen, daß die rei vindicatio utilis in Wirklichkeit überhaupt nichts anderes bedeutet, als eine Form der Geltendmachung des obligatorischen Anspruchs. (So auch Jehring Jahrb. f. Dogmatik Bd. I S. 120 ff.)

Daß die Geldstücke durch den Verlust ihrer individuellen Kenntlichkeit ihrem Eigentümer verloren gehen, hat ihren Grund in der strengen Natur der römischen rei vindicatio. Denn die rei vindicatio kann nur auf eine Speziessache gehen und das Geld als Spezies ist durch die Vermischung zweifellos vernichtet worden.[1]

Die Vermischung mit der Folge der Ununterscheidbarkeit ist also nach der Meinung der römischen Juristen die Thatsache, die den Eigentumsverlust und Erwerb zustande bringt.[2] Gäbe es doch auch ungerechte Konsequenzen, wenn man dem Besitzer der vermischten Geldstücke nicht das geeignete Mittel gewähren wollte, die mit den seinigen vermischten Geldstücke, wenn es nötig sein sollte, zusammen herauszufordern, da doch das fremde Eigentum an einzelnen dieser Geldstücke nicht bewiesen werden kann, die rei vindicatio also scheitern muß. Diese rei vindicatio ist aber von Seiten des ersten Besitzers der vermischten Stücke nur dann gegen den jetzigen Besitzer möglich, wenn dieser noch nicht auf dieselbe oder ähnliche Weise Eigentum erworben hat.

Obwohl also, um noch einmal zusammenzufassen, die Römer bei allen festen, beweglichen Sachen ein Miteigentum pro partibus indivisis anerkannten und eine rei vindicatio in der Form einer rei vindicatio utilis des entsprechenden

---

[1]) ähnlich G. Hartmann „Über den Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden". (1868) S. 27 ff.
v. Pagenstecher, a. a. O. S. 361,
Bechmann, a. a. O. S. 26.

[2]) so auch Dernburg Pand. § 210 a. E.
ferner Reichsgerichtsentscheidungen Bd. XXIV S. 315. „Daß bei barem Gelde der Besitz- und Eigentumsverlust eintritt, wenn die Geldstücke in den Gewahrsam eines anderen gelangen und daselbst infolge der Vermischung mit anderem Gelde ihre Unterscheidbarkeit verlieren."

Teils gestatteten, zogen sie bei Geld diese Konsequenz offenbar aus Praktischkeitsrücksichten nicht.

Unterscheidbare Vermischung von Geld bringt also im römischen und gemeinen Recht mit Rücksicht auf das Verkehrsbedürfnis Alleineigentum zustande. Hat demnach der Darlehensgeber dem Empfänger fremdes Geld als Darlehen hingegeben, und das Geld ist mit dem Gelde des Empfängers ununterscheidbar vermischt so ist letzterer Darlehensschuldner geworden, d. h. das Darlehen ist zustandegekommen, ohne Rücksicht darauf, ob der Darlehensempfänger die Vermischung in bösem oder gutem Glauben[1] vorgenommen hat, oder ob ein Zufall[2] sie herbeiführte.

Im BGB. ist infolge des sofortigen Eigentumserwerbes durch den gutgläubigen Empfänger bei weitem weniger Raum für die Lehre von der Vermengung als im früheren Recht. Es kommen überhaupt nur die Fälle der böswilligen Vermengung und die Fälle, in denen Handlungsunfähigkeit oder andere Willensmängel vorliegen, oder aus anderen Gründen Nichtigkeit des Veräußerungsvertrages resultiert, und Eigentum nicht übergeht, in Betracht.[3]

Von den Normen des BGB. bezieht sich auf diesen Punkt allein der § 948 mit der Rückverweisung auf den vorherigen Paragraphen. Derselbe verlangt untrennbare Vermischuug oder Vermengung beweglicher Sachen, „sodaß sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden," um dann den bisherigen Eigentümern nach dem Verhältnis des Wertes ihrer Anteile zur Zeit der Verbindung Mit-

[1]) Der gl. Ansicht Comte a. a. O. S. 26.. Hohenemser a. a. O. S. 70 ff., Rock, a. a. O. S. 29.

[2]) So auch Windscheid (Kipp), Pandekten Bd. I § 189.

[3]) So auch Niemeyer a. a. O. S. 35.

eigentum zu gewähren. „Ist aber eine der Sachen als Hauptsache anzusehen, so erwirbt der Eigentümer derselben Alleineigentum“ (947).[1] Also die Vermengung muß thatsächlich untrennbar sein, um diese Rechtswirkungen hervorzurufen. Miteigentum ist die gewöhnliche, Alleineigentum die außergewöhnliche Wirkung.

Die Motive[2] setzen übrigens für den ersten Fall abgegrenzte Quantitäten von Fungibilien auf beiden Seiten voraus, da man sonst ja noch nicht einmal die Möglichkeit hätte, einen bestimmten Teil der Gesamtmenge individuell zu bezeichnen, eine vindicatio also, selbst in der weitesten Form, unmöglich wäre. Geld erwähnt das Gesetz garnicht besonders und zeigt hierdurch deutlich, daß es nicht gewillt ist, beim Vorhandensein einer solchen „abgegrenzten Gesamtmenge“ eine Ausnahme zu Gunsten des Geldes gelten zu lassen.

Ob aber das Gesetzbuch durch dies einfache Ignorieren dem Gelde seine Sonderstellung, die doch im römischen wie im gemeinen Recht wohl allgemein anerkannt war, unter gewöhnlichen Verhältnissen rauben kann, erscheint mir sehr zweifelhaft. Und zwar möchte ich gerade das von den Motiven geltend gemachte Moment als Gegenargument benutzen. Die Motive verlangen „abgegrenzte Quantitäten auf beiden Seiten“, um ein Miteigentum zu ermöglichen.

Nun werden zwar Fälle, in denen abgegrenzte Geldsummen zusammengeschüttet werden, und damit die vom Gesetz angestrebte Allgemeinwirkung, nämlich Miteigentum, hervorgerufen wird, im Leben nicht ausgeschlossen sein.

---

[1]) „Der Untrennbarkeit steht es gleich, wenn die Trennung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde“. (BGB. 948 II.)

[2]) Mot. III z. I. Entw. S. 360 zu § 892.

Die Regel aber scheinen mir Fälle der entgegengesetzten Art zu bilden.

Zu diesen Fällen gehört auch meist die Darlehnshingabe.

Hier giebt zwar der Darlehnsgeber eine begrenzte Menge von Geld hin, der Darlehnsnehmer aber wird dieselbe regelmäßig, der wirtschaftlichen Natur des Darlehns entsprechend, zu seinem Vermögen schütten, das doch bei seinem steten Wechsel keine abgegrenzte Menge im Sinne der Motive bildet, jedenfalls nicht als solche für den Moment der stattgehabten Vermengung festzustellen ist.

Die Konsequenz, daß hier Eigentum bei mala fides auf Seiten des Darlehnsempfängers übergehen soll, ist zwar ungerecht, erscheint aber als eine durch den regelmäßigen Verkehrsgebrauch selbst hervorgerufene Thatsache, der nicht auszuweichen ist.

In unserm Fall also geht meines Erachtens auch nach BGB. die fremde Geldsumme, die der Darlehnsgeber dem Darlehnsnehmer hingegeben hat, in des letzteren Eigentum über, sobald der das Geld unter sein Vermögen mischt. In diesem Moment demnach kommt das Darlehn zwischen A. und C. zustande, und der frühere Eigentümer ist jetzt auf seine obligatorischen Berechtigungen dem A. gegenüber beschränkt.

Weiterhin ist noch der Eigentumserwerb durch consumtion zu untersuchen!

Es fragt sich, was ist unter consumtion in diesem Sinne zu verstehen?

Ich stehe auf dem Standpunkte: Verzehrung und Veräusgabung mit Ausschluß des Verlustes.[1] Brinz[2] faßt

[1]) So auch Huschke, „Lehre des RR. vom Darlehen und den dazu gehörigen Materien". S. 48, S. 50 Abs. 1 a. E.

[2]) Brinz, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Neue Folge Bd. VI Heft II. S. 196.

den Begriff enger und leugnet, daß auch in der Verausgabung von Geld beim Darlehnsempfänger eine consumtio liege. Derselbe führt aus: „Es wäre unbillig, dem Eigentümer die vindicatio zu versagen gegen einen Dritten, der von dem Empfänger das hingegebene Geld erhielt, und das müsse man doch, wenn man annehme, daß in diesem Verbrauch eine Eigentumsübertragung und spätere Darlehnsbegründung enthalten sei.“ Er verlangt deshalb Unauffindbarkeit der einzelnen Geldstücke, in diesem Sinne also Untergang. Er schließt selbst: „Also nur die mit dem Untergange der Münzen verknüpfte Verausgabung ist die praktische consumtion.“ Abgesehen davon, daß Brinz bei seinem Beweise von einer Negative ausgeht, scheint mir aber in seinen eigenen Worten ein bedeutendes Argument zum Beweise meiner Ansicht zu liegen. Denn er leugnet zwar den Eigentumsübergang durch die Verausgabung der Münzen gemeinhin, erkennt ihn aber andererseits an, sobald die Verausgabung eine individuelle Unauffindbarkeit der Münzen im Gefolge hat. Letzteres aber dürfte nach den Ergebnissen aus dem Vorigen wohl zweifellos die Allgemeinwirkung sein. Denn es scheint mir praktisch unendlich selten vorzukommen, daß der Empfänger das ihm noch individuell bekannte Geldstück einem später noch bestimmbaren Menschen weitergiebt, einem Menschen, der noch dazu, wie doch feststeht, durch Vermengung bei bösem oder gutem Glauben selbst Eigentum erwirbt, regelmäßig also immer schon Eigentum erworben hat.

Die Anwendungsfälle der vindicatio wären also auf eine verschwindend kleine Anzahl beschränkt und auf ihnen eine Regel aufzubauen, erscheint mir zu gewagt. Der Verbrauch des Geldes ist also jedenfalls als consumtion auf-

zufassen, meiner Ansicht nach bildet es sogar den Normalfall für die consumtion von Geld.

Ist nun fernerhin auch die consumtion von jedem subjektiven Moment unabhängig wie die Vermischung? Auf Empfängers Seite möchte ich das Genügen der rein objektiven Thatsache der consumtion als sicher annehmen.[1]

Mit Rücksicht auf den Darlehnsgeber aber macht Huschke[2] geltend, daß man wenigstens bonae fidei possessor sein müsse, um mit fremdem Gelde Darlehnsgläubiger werden zu können. Dabei betrachtet er das Geld wie eine verbrauchbare Frucht. Die Quellen aber fordern niemals guten Glauben beim Darlehnsgeber.[3] Und wenn wir Geld als eine verbrauchbare Frucht betrachten, so würde der Empfänger durch die Übergabe ja sofort ohne weiteres Eigentum erwerben und damit Darlehnsschuldner werden. Würde doch in der Hingabe des Darlehnsgebers schon die consumtion zu suchen sein. Und doch tritt quellenmäßig die Perfektion des Darlehns erst mit der consumtion des Empfängers ein. Das Geld dürfte also doch wohl nicht als Frucht anzusehen sein. Die bona fides beim Darlehnsgeber erscheint demnach als überflüssig.[4]

---

[1]) So auch Brinz a. a. O. S. 194 ff. Bei unredlichem Verbrauch haftet der Empfänger dem Eigentümer auf Ersatz des Wertes. Abweichend Huschke a. a. O. S. 45 ff., anders auch Windscheid (Kipp), Pand., 8. Aufl. II S. 531.

[2]) S. Huschke, a. a. O. S. 48.

[3]) Sie sprechen nur von alieni nummi. Z. B. L 13 § 1 d. h. t. So auch Brinz a. a. O. S. 195.

[4]) Die viel behandelte Streitfrage, wie die Veränderung im Eigentum durch consumtion auf Grund der Quellen zu erklären sei, würde über den Rahmen der Arbeit hinausführen.

Hartmann kommt zu dem Schluß, sie sei auf die nicht genügende Stärke der vindication zurückzuführen, die nicht imstande sei, die

Schließlich bedarf noch der durch die consumtion herbeigeführte Eigentumserwerb selbst einer Prüfung. Man kann zu diesem Zweck zwischen einer physischen [5] und einer juristischen consumtion unterscheiden. Schey [6] thut das, und stellt die Frage auf: „Ist der Besitzer fremden Geldes, nach dessen consumtion nicht nur geschützt gegen den Eigentumsanspruch des bisherigen Eigentümers, sondern hat er durch die consumtion seinen wirtschaftlichen Zweck erreicht, wie wenn er eigenes Gut verzehrt hätte?" Er bejaht dies für beide Fälle. Auch meiner Ansicht nach ist dies zweifellos der Fall, denn das Geld hat ihm gedient, als ob es wirklich sein Eigentum gewesen wäre.

Wenn man genau sein will, ist allerdings nicht die consumtion selbst das Mittel zur Perfektion des Darlehns, sondern der durch sie hervorgerufene Erwerb durch den Dritten. [7] Das Geld genügt also, ob wir nun einen Eigentumsübergang annehmen oder nicht, jedenfalls seiner wirtschaftlichen Bestimmung als Darlehen. Es fragt sich demnach ob, wie allgemein angenommen wird, nach den Grundsätzen des römischen und gemeinen Rechts überhaupt der Eigentumsübergang notwendig ist, um ein Darlehn zustande zu bringen.

Huschke [8] antwortet mit „nein". Es genügt zwar bloße Hingabe noch nicht, denn das Darlehen verlangt

individuelle Unkenntlichkeit des Objekts zu überwinden „und die Natur des Geldes als des beweglichsten, zu freiestem Umlauf bestimmten Verkehrselementes sich zu unterwerfen." Seine Begründung hat entschieden viel Einleuchtendes. Hartmann a. a. O. S. 25.

[5]) Windscheid (Kipp) a. a O. II. S. 425 Nr 8.

[6]) Schey. Die Obligationsverhältnisse des österr. allg. Privatrechts. Das Darlehn", Bd. I, Heft I, § 9.

[7]) So auch Schey a. a. O. Bd. I, Heft 1, § 9 Zusatz.

[8]) Huschke, a. a. O. S. 48.

seiner Natur nach, daß das Geld völlig in dem Vermögen des Empfängers aufgeht, sondern es muß noch consumtion hinzukommen. Eigentum wird aber auf diese Weise keineswegs erworben „wohl aber ging alles dieses durch den Verbrauch generisch obligierend ebenso völlig wie durch Eigentum über."

Die Beweisführung Huschkes hat zweifellos etwas bestechendes. Scheint doch beim Normalfall für die consumtion von Geld, der Verausgabung, der dritte Empfänger offenbar durch die consumtion beim Darlehnsempfänger Eigentum zu erwerben, und die Möglichkeit eines Eigentumserwerbes an den Geldstücken durch den Darlehnsempfänger damit ausgeschlossen. Und doch liegt ein Eigentumserwerb durch denselben thatsächlich vor. Denn nicht unmittelbar sondern nur mittelbar erwirbt in Wirklichkeit der Dritte durch die Thatsache der consumtion beim Darlehnsempfänger Eigentum an den Geldstücken. Nicht die consumtion sondern der Eigentumserwerb von demjenigen, der im Augenblicke der consumtion selbst schon Eigentum erworben hatte, nämlich dem Darlehnsempfänger, verhilft ihm zum Eigentum. Die eigentumübertragende Wirkung hat die consumtion zunächst also nur für den Darlehnsempfänger. Das ist jedenfalls auch die Ansicht der römischen Juristen, die in ihrem praktischen Sinne vor allem die praktische Konsequenz im Auge hatten. Sie sehen, daß das Geld hier dem Darlehnsempfänger wie regelrechtes Eigentum dient, und daß damit erst der Zweck des Darlehns erreicht wird und gaben sich schon mit diesem Erfolg zufrieden.

Bei unserer Annahme des Eigentumserwerbes durch consumtion werden auch die Untersuchungen darüber, ob

der gemeinrechtliche Begriff des Darlehens Eigentumsübergang voraussetze, hier überflüssig.

Nach römischem und gemeinem Recht kommt also jedenfalls nach der herrschenden Meinung [1] durch die consumtion beim Darlehensempfänger, bei Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen für ein solches, ein gültiges Darlehn zustande.

Wie verhält sich nun das BGB. zu dieser Lehre? Kann auch hier durch consumtion des schlechtgläubigen Empfängers ein Darlehen zustande kommen? Weder in speziellen noch in allgemeinen Bestimmungen berührt das BGB. diese Lehre. Es möchte sie offenbar mit ihren Konsequenzen gänzlich aus dem Bereiche der Möglichkeit ausscheiden. Das Prinzip des guten Glaubens sucht auch hier machtvoll durchzugreifen. Ob ihm das aber ganz gelingt, erscheint mir zweifelhaft. Denn die consumtion bringt den Untergang des alten Eigentums gewissermaßen auf rein mechanischem Wege zustande. Sie ist unabhängig von jedem subjektiven Moment und gewährt an dem Gelde dem Nützenden den gleichen Vorteil, den auch nur Eigentum zu gestatten vermag.

Diese Thatsache vor allem bewog, — wie im Vorigen ja schon eingehender besprochen —, die gemeinrechtliche Doktrin und die gesamte Praxis, der Wirkung entsprechend, das Zustandekommen eines Darlehens durch consumtion anzuerkennen. An jener Thatsache vermag auch die Einführung des BGB. nichts zu ändern, und muß es sich hier wohl oder übel bequemen, seinem Grundsatze entgegen, auch einen schlechtgläubigen Eigentumserwerb durch ein Mittel

[1]) Vgl. Huschke, a. a. O. S. 48; Brinz, a. a. O. S. 196; Schey, a. a. O. I, 1 § 9 Zusatz; Heimbach a. a. O. Ic, S. 193.

zuzulassen, das eben rein objektiv den Erfolg herbeiführt. Die Anerkennung dieses Erfolges ist zwar heute, infolge des sofortigen Eigentumserwerbs bei gutem Glauben des Erwerbers, kein so dringendes Verkehrsbedürfnis mehr wie im gemeinen Recht. Aber die Erwägungen, die die praktisch denkenden römischen Juristen leitete, als sie dem Gelde als dem beweglichsten, unentbehrlichsten aller Verkehrsmittel eine solche Sonderdarstellung einräumten, lassen sich auch heute mit Rücksicht auf die Geschwindigkeit, mit der das Geld seine Umlaufsfunktion erfüllt, und somit seinen Herrn wechselt, nicht ganz übersehen.

Daß das BGB. an anderer Stelle selbst nicht umhin kann, dem Gelde einen Sondervorteil zu gewähren, beweist der § 935 II, der uns selbst verlorenes, gestohlenes oder sonstwie abhandengekommenes Geld bei gutgläubigem Erwerb ohne weiteres zum Eigentum überträgt.

Wir werden deshalb, den Erwägungen der römischen Juristen folgend, trotz des sich entgegenstellenden Grundsatzes vom guten Glauben, auch für das BGB. einen Eigentumsübergang von Geld durch schlechtgläubige consumtion[1] annehmen; denn der thatsächliche Erfolg ist derselbe wie ehedem. Der Empfänger zieht den wirtschaftlichen Nutzen aus der Summe, den sie als Darlehen ihm gewähren muß. Und andererseits kann dem Gelde auch heute seine Sonderstellung um der Verkehrssicherheit willen nicht ganz genommen werden. Mit der Annahme des Eigentumsüberganges ist die Anwendbarkeit des § 607 BGB. ohne weiteres gegeben.

Da alle anderen notwendigen Voraussetzungen vorliegen, wird demgemäß durch die gut- wie schlechtgläubige con-

[1]) anders Schollmeyer, a. a. O. S. 63.

sumtion des fremden Geldes beim Empfänger das Darlehen perfekt. So ungerecht diese Folgerung sein mag, ist sie doch in Wirklichkeit lange nicht so gefährlich, als sie auf den ersten Blick erscheint, da dieser notgedrungene Verlust des dinglichen Rechts für den früheren Eigentümer dessen obligatorische Berechtigung wiederum unberührt läßt.

Der consumtion nahe verwandt, vielleicht sogar eine Art derselben, ist die specification. Unter specification versteht man: die Umgestaltung einer oder mehrerer vorhandener Stoffe zu einer neuen beweglichen Sache.

Das Eigentum an der neuentstandenen Sache giebt das römische und gemeine Recht dem Verfertiger dann, wenn die Sache nicht in ihre alte Gestalt zurückgeführt werden kann — eine Frage des Verkehrsgebrauchs — sonst dem Eigentümer des Stoffes.[1] Der Erwerb des Eigentums tritt gleichermaßen für den gut- wie bösgläubigen Verfertiger, einer zwar vielfach bestrittenen Ansicht[2] zufolge, ein.

Den gleichen Standpunkt nimmt unbestritten das BGB.[3] ein. Es erwähnt das subjektive Moment garnicht, weicht aber andererseits vom römischen und gemeinen Recht ab, insofern es für den Eigentumsübergang als entscheidendes Moment den Wert der geleisteten Arbeit im Verhältnis zum Wert des Stoffes festsetzt.

---

[1]) Besonderheit bei teilweise eigenem, teilweise fremdem Stoff. S. Windscheid (Kipp) a. a. O. I. § 187, Dernburg, Pand. I § 204. Mot. III S. 360, 361. Buchka a. a. O. S. 209.

[2]) Meiner Ansicht unter andern Puchta a. a. O. § 154; Pagenstecher a. a. O. II S. 117—119; Sintenis, Civilrecht Bd. I § 50 II; Brinz a. a. O. 2. Aufl. I S. 576 ff.; Wächter a. a. O. II S. 139. Anders: Windscheid (Kipp) a. a. O. 8. Aufl. § 187; Dernburg BGB. Bd. III § 108 u. Andere.

[3]) Windscheid (Kipp) a. a. O. § 187; Buchka a. a. O. S. 209; Dernburg, BGB. Bd. III § 108; Matthiaß, Lehrb. Bd. II § 22.

Ist der Wert der Verarbeitung beträchtlich geringer, als der des Stoffes, so tritt kein Eigentumsübergang zu Gunsten des Verfertigers ein. (§ 950).

Kommen wir nun auf unseren Fall der Darlehenshingabe von Geld zurück. So selten in der Praxis auch eine Verarbeitung von kourſierendem Gelde sein mag, so ist sie an sich doch sehr wohl denkbar z. B. durch Verfertigen eines Schmuckstückes aus einer seltenen Münze.

Damit kommen wir zu dem Schlusse, wenn, wie oben gesagt, durch consumtion nach römischem, gemeinem und bürgerlichem Recht ohne Rücksicht auf den bösen und guten Glauben des Empfängers, bei Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen für ein Darlehen, ein gültiges Darlehen zustandekommt, so ist wohl als sicher anzunehmen, daß durch die specification, die auch nach allen 3 Rechten dem guten wie dem schlechtgläubigen Verarbeiter Eigentum verschafft, die Perfektion des Darlehns erreicht wird.

Soviel von der Übermachung der Darlehnssumme überhaupt. Ein Darlehen besteht aber nicht aus der Übermachung der Darlehnssumme allein, und eine schon so oft erwähnte Voraussetzung muß immer hinzukommen, nämlich der consens zwischen Geber und Nehmer, der consens über alle wesentlichen Punkte eines Darlehensvertrages. Diese Einigung braucht aber keine ausdrückliche zu sein, sondern es genügt die erkennbare Absicht ein Darlehen zu geben und zu nehmen.

Dieser consens, den wir in unserm Fall, also zwischen A und C, stets als vorhanden voraussetzten, ließ uns in Verbindung mit dem Eigentumsübergang der Valuta stets feststellen, wann überhaupt bei Hingabe von fremdem Geld in eigenem Namen ein Darlehen zwischen A und C zustande-

kommt. Es erübrigt also nur noch einen Blick auf die obligatorischen Wirkungen zu werfen, die das Entstehen oder Nichtentstehen des Darlehens nach sich zieht, und zwar zunächst unter der Voraussetzung des gültigen Zustandekommens des Darlehens.

C ist also regelrechter Darlehnsschuldner des A geworden, denn notwendiger Weise kann nur zwischen diesen beiden von einem Darlehen die Rede sein, da nur zwischen ihnen die auf ein Darlehn gerichtete Willenseinigung besteht. Dauer der Nutzung, Art der Rückleistung und der Kündigung, Höhe der zu zahlenden Zinsen u. s. w. bestimmt sich alles nach dem Vertrage. Nur A steht deshalb die Darlehensklage[1] gegen den Empfänger zu. B. ist damit seines Eigentums an dem hingegebenen Gelde verlustig gegangen, kann er doch nun nicht mehr das Geld von C vindizieren oder kondizieren, was er bis zum Eigentumsübergang, respektive bis zur Perfektion des Darlehens, immer gekonnt hätte.

Er kann sich also nur noch an A halten. Wie er gegen den A vorgeht, muß das interne im Einzelfall festzustellende Verhältnis zwischen A und B ergeben.

Allgemeine Gesichtspunkte greifen hier ein. Es ist von Bedeutung, ob den A der Vorwurf diebischer Handlungsweise trifft oder nicht. Im erstern Fall wird nach römischem und gemeinem Recht B., wenn er es nicht vorzieht, sich einer condictia furtiva zu bedienen, mit der actio doli, die ihm vollen Schadenersatz gewährt, gegen den A vorgehen. Das gleiche Recht steht nach BGB. dem geschädigten Eigen-

---

[1]) Die Darlehnsklage des Gebers gegen den Empfänger wird in diesem Falle nach RR. speziell als actio de bene depensis bezeichnet. So Dernburg, Pand. Bd. I u. II S. 235. Anders Windscheid (Kipp) 8. Aufl. II S. 531 Note 8.

tümer aus § 823 zu. Trifft dagegen den A dieser Vorwurf nicht, hält er sich irrtümlich für berechtigt, im eigenen Namen über das Geld zu verfügen, so muß eine Deliktshaftung des A jedenfalls wegfallen. Eine vertragliche Verpflichtung liegt ebenfalls nicht vor. Infolgedessen bleibt allein ein Bereicherungsanspruch, eine condictio sine causa, des B gegen A zurück, da A doch mindestens um die Darlehnsforderung gegen C bereichert ist. Nach BGB. bleibt auch kein anderer Ausweg. Der § 816 bietet das Mittel dazu.

Die von Dernburg[1] behauptete Abtretung der Darlehnsforderung an den ehemaligen Eigentümer, zwecks Befriedigung desselben durch cessio legis, halte ich für unzweckmäßig, denn es liegt gar kein Grund vor, warum man demselben die wahrscheinlich garnicht gewollte Forderung aufbürden soll.

Ganz anders stellt sich die Sachlage, wenn trotz der gegebenen Voraussetzungen für die dingliche Seite ein Darlehen nicht zustandekommt.

Ein solcher Fall, der im Vorigen mit Absicht übergangen ist, wird trotz tradition und sogar thatsächlichen Eigentumsübergangs z. B. denkbar sein, infolge wesentlichen Irrtums im consens zwischen A. und C.[2] Der sogenannte Irrtum über die Person des Darlehnsnehmers, den Zitelmann[3] mit Recht „als dissens über die Personenidentität" bezeichnet, ebenso wie der Irrtum über die causa des Geschäfts, bilden hierhergehörige Beispiele.

---

[1]) Dernburg, Pr. R. II S. 500.

[2]) Fall der condictio iuventiana. Der Fall des Irrtums über die Person des Gebers gehört nach RR., nach heutigen Verkehrsanschauungen aber wohl nicht mehr hierher.

[3]) S. Zitelmann „Irrtum und Rechtsgeschäfte" S. 559.

Immer wird hier der Empfänger mindestens auf Herausgabe der durch Übereignung der valuta bewirkten Bereicherung haften.

Die rechtliche Folge wird nun die sein: Der frühere Eigentümer B. wendet sich mit der condictio sine causa direkt gegen C. Denn Eigentum ist schon auf C. übergegangen, darum hat B. die rei vidicatio gegen C. verloren. C aber hat ohne rechtlichen Grund etwas erlangt, deshalb haftet er mit der condictio. Dasselbe gilt auch für das BGB. Hier bildet der § 812 die Handhabe für den B, um gegen C vorzugehen. Wird B auf diese Weise befriedigt, ist somit die eingetretene Vermögensverschiebung wieder redressiert. Ist hingegen C vielleicht schwer zu erreichen, zahlungsunfähig u. s. w., oder hat B sonstige Gründe, sich lieber an A zu halten, so ist er auch dazu berechtigt. Das Verhältnis zwischen A und B weist keinen Unterschied gegenüber dem vorigen Fall auf, und regelt sich nach allen Rechten genau in der gleichen Weise.[1]

Auf jeden Fall hat der auf solche Weise geschädigte A jetzt seinerseits ein Recht, sich an C zu halten und kann, da keine Darlehnsobligtion zwischen ihm und C zustandegekommen ist, nach römischem und gemeinem Recht mit der condictio, bezw. gemäß § 812 BGB., gegen ihn vorgehen.

## II.

Weit einfacher und wohl auch thatsächlich häufiger als der behandelte Fall, ist der Fall der Darlehenshingabe von fremdem Geld in fremdem Namen.

---

[1]) S. 38, 39 d. Arbeit.

**a.** Für gewöhnlich also wohl im Namen des Eigentümers des Geldes. Im Normalfalle werden wir es hier mit bevollmächtigter Stellvertretung zu thun haben.

Das römische Recht erkannte eine direkte Stellvertretung in unserem Sinne nie völlig an, von der Stellvertretung durch Sklaven, Hauskinder und andere gewaltabhängige Personen natürlich abgesehen, sondern erst das gemeine Recht bildete das Rechtsinstitut vollkommen aus, wie es auch mit geringfügigen Änderungen ins BGB. übergegangen ist.

Die Stellvertretung beruht in der Regel auf einer Vollmacht.[1] Vollmacht[2] ist eine einseitige Willenserklärung des Inhaltes, daß die von einem andern in unserm Namen abzuschließenden Geschäfte unmittelbar für und gegen uns wirken sollen.

Der Wirkung nach außen[3] entspricht nach innen ein bestimmtes Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem, das sich z. B. als Dienstmiete, Auftrag oder als Geschäftsführung ohne Auftrag u. s. w. darstellen kann. Die zwischen Vertreter und Vertretenem eintretenden Wirkungen fließen also stets aus diesem Rechtsverhältnis, während nach außen durch Vermittlung der Vollmacht der Dritte, in unserm Falle also der Darlehensempfänger C, sofort aus dem Abschluß des Darlehns, unter völliger Ausscheidung des Vertreters A, dem vertretenen Eigentümer B verpflichtet wird.

---

[1]) Unterschied zwischen Vollmacht und Vertretungsmacht s. Zitelmann „Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB. s. d. d. R. Studien Kritiken, Vorschl., Teil II, S. 80.

[2]) S. Matthiaß, Lehrb. I, § 90; auch Enneccerus und Lehmann: „Das Bürgerliche Recht" II, § 90.

[3]) Genaueres Crome: System d. deutsch. bürgerl. Rechts Bd. I, § 104.

Im RR. machte bei der Nichtanerkennung der direkten Stellvertretung einerseits und dem ursprünglichen strengen Begriffe des Darlehens anderseits die Eigentumsübertragung von fremdem Geld auf den Darleiher schier unüberwindliche Schwierigkeiten. Denn es hieß „Appellata est mutui datio ab eo, quod do meo tuum fit."

Diese Strenge hatte aber praktische Unbequemlichkeiten zur Folge. Deshalb nahmen denn bald die römischen Juristen, dem praktischen Bedürfnis folgend, wenigstens für das Darlehen an, daß es zur Begründung einer Darlehensobligation genüge, wenn jemand im Auftrage des Eigentümers dessen Geld dem Dritten als Darlehen übergebe[1], [2], [3].

Aber das Verkehrsbedürfnis verlangt, daß auch im Falle mangelnder Vollmacht beim Handeln in fremdem Namen die beabsichtigten rechtlichen Wirkungen unter gewissen Verhältnissen einzutreten vermögen. Denn dem Dritten wird es zunächst wohl garnicht gleichgültig sein, wer sein Gegenkontrahent ist, und dem Vertreter wird es gewöhnlich wohl garnicht in den Sinn kommen, sich persönlich verpflichten zu wollen.

Des Vertreters Motive zu der Darlehenshingabe von fremdem Geld in fremdem Namen können natürlich der manigfachsten Art sein.[4] Er kann z. B. handeln in Wahr-

---

[1]) Dies Ziel wurde aber erst auf einem kleinen Umwege erreicht, indem man zunächst nur annahm, daß dann eine Darlehensobl. zustande komme, wenn der Vertreter sein Geld im Auftrage des Vertretenen dem Darlehnsnehmer hingebe.

[2]) So auch Buchka „Lehre v. d. Stellvertret. bei Eingehung von Verträgen" § 9; auch Brinz, Kritische Blätter civilist. Inh. in zwangl. Heften Nr. 2, S. 24.

[3]) L 2 § 4 de reb. cred. 12,1; L 126 § 2 verb. obl. 45, 1; L 15 de reb cred. 12, 1; L 34, pr. mandati 17, 1.

[4]) S. Crome a. a. O. § 106.

nehmung der Interessen eines anderen, in eigenem Irrtum über das Vorhandensein der Vollmacht und in widerrechtlichem Sichvergreifen an fremden Rechten.

Ein Eigentumsübergang kann hier regelmäßig zunächst nochnicht eintreten. Er könnte allein durch Mittel wie die Vermischung, consumtion oder specification,[1] durch die hier wohl allzulangwierige Ersitzung, und nach BGB. durch den guten Glauben, also einen Irrtum des Empfängers über das Eigentumsverhältnis des Vertreters, herbeigeführt werden. Davon abgesehen vielmehr wird der Eigentumsübergang erst als Folge der späteren Genehmigung eintreten.

Die römischen Juristen waren aber, wie wir sahen, schließlich doch dazu gekommen, dem Eigentümer des hingegebenen Geldes ein sofortiges Forderungsrecht zu gewähren, falls die Hingabe in seinem Namen stattgefunden hatte. Nur darüber herrschte Uneinigkeit ob auf des Eigentümers Seite der Wille, forderungsberechtigt zu werden, vorhanden sein müsse oder nicht. Einige Stellen verlangen den Willen, die anderen erwähnen ihn garnicht.[2] So ist man denn vielfach zu der Ansicht gekommen, den Willen des Eigentümers für bedeutungslos zu halten,[3] und hat als Grund dafür, Rücksichten zu dem Zweck der Beweiserleichterung angenommen;[4] man hätte also auf den Willen des Eigen-

---

[1]) S. Teil I, Seite 23 ff. der Arbeit.

[2]) L 126 § 2 DVO. 45, 1; L 9 § 3, L 35, § 2, D de donat. 39, 5

[3]) So Jehring, Jahrb. f. Dogmatik Bd. II, S. 87—120; so Windscheid (Kipp), Pand. § 313 Note 3 und § 270; so Heimbach, creditum a. a. O. S. 171; Jakobi, Jahrb. für Dogm. Bd. IV S. 292.

[4]) besonders Scheurl, (Jahrbücher f. Dogmatik I, S. 2); so Jehring J. f. D. II, S. 89 ff. sagt „Die nicht vorhandengewesene Einwilligung des einen Kontrahenten wird durch eine praesumtio iuris et de iure ersetzt."

tümers verzichtet, um demselben den meist wohl recht schwierigen Beweis zu erlassen, daß er den Willen, die Forderung für sich zu erwerben, gehabt habe.

Hiergegen wendet sich Huschke[1] mit Recht und erklärt: „Man müsse an der Kunst der römischen Juristen irre werden, wenn sie wegen einer Beweiserleichterung ein ganzes Prinzip umstoßen wollten", und sucht nachzuweisen, daß in allen Quellenbeispielen wenigstens stillschweigend die Zustimmung des Eigentümers enthalten sei. —

In geistvoller Weise versucht Brinz[2] ohne auf die betreffenden Quellenstellen näher einzugehen, die Frage zu lösen. Brinz hält auch den Willen des Eigentümers für entscheidend, und sucht in einer Verbindung der condictio sine causa mit der negotiorum gestio eine Erklärung. Dieselbe läßt sich auch geben; denn erstens wird, wenn jemand eine vermeintliche Schuld für einen Andern bezahlt hat, allein durch des Anderen Willen das Geld zu seinem Gelde, und damit auch die condictio sein, und ebenso sicher, kann aus dem mutuum die Hingabe, ohne daß der, für den gegeben wird, selbst etwas weiteres dazu thut, allein durch seinen Willen für ihn wirken, und die condictio ihm erworben werden, gleich als ob er selbst gegeben hätte.

Ebenso steht es bei der negotiorum gestio. Auch hier wird allein durch den Willen ein fremdes Rechtsgeschäft zu einem Geschäft desjenigen, für den gehandelt wurde, und somit kann auch sicherlich das mutuum ohne eine weitere Handlung allein durch seinen Willen für den wirksam werden, für den es abgeschlossen wurde.

[1]) So Huschke a. a. O. G. v. d. R. u. D. S. 32.

[2]) So Brinz, Krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft. Neue Folge Bd. VI S 191 ff. vergl. auch Brinz, Pandekten 2. Aufl. Bd. II S. 476.

Brinz folgert selbst schließlich: „Teils dadurch, daß derjenige, welcher aus dem Darlehen Gläubiger wird in der That selbst kontrahiert und einen Dritten nur interponiert hat, (L 126 § 2) teils dadurch, daß vermittelst seiner voluntas, der an sich fremde Kredit und Kontrakt zu seinem geworden ist, läßt sich die römische Darlehenskontrahierung mittelst freier Mittelspersonen ohne fremde Beihülfe, d. h. ohne unsere moderne Stellvertretung mit Vollmacht, erklären".

Eine Erklärung, die immerhin den Konflikt in befriedigender Weise löst, wenn sie auch etwas gezwungen erscheint, der ich mich aber um so eher anschließe, als es doch feststeht, daß eine solche Vertretung bei einem Willenlosen nicht vorkommt. Nehmen wir den Willen also als erforderlich an, so wird nach römischem Recht, wenn wir von einigen Ausnahmen, deren ausführlichere Besprechung schon in Teil I[1] erfolgte, das Darlehn erst durch den hinzukommenden Willen des Eigentümers perfekt. Ohne denselben kommt es also überhaupt nicht zustande, und es steht dem Eigentümer des Geldes, wenn das Geld noch individuell beim Dritten vorhanden ist, die rei vindicatio zu. Eine culpa in contrahendo, für welche bei Nichtzustandekommen des Darlehens der Geber dem Geschädigten Dritten haftete, kannte das RR. nicht.[2] Das Verhältnis des Eigentümers aber zu dem, der in seinem Namen das Geld hingab, regelt sich auch hier natürlich nach dem internen Rechtsverhältnis zwischen den beiden.

---

[1]) vergl. Seite 23 ff. d. Arbeit.

[2]) Dernburg a. a. O. Bd. II Pand. § 10. a. E.

Im gemeinen Recht wie im BGB.[1] wird bei vollmachtsloser Stellvertretung Genehmigung verlangt. Der Dritte bleibt bis zum Moment der Genehmigung gebunden; denn dadurch, daß er trotz seiner Kenntnis von dem Mangel der Vollmacht den Vertrag schließt, erklärt er sich stillschweigend dazu bereit. Erst die hinzukommende Genehmigung berechtigt also den früheren Eigentümer, überträgt Eigentum auf den Darlehnsempfänger und stellt somit die Perfektion des Darlehns dar. Das ganze Geschäft ähnelt den „hinkenden Vertägen Minderjähriger".[2] Es entsteht derselbe eigentümliche Schwebezustand bis zum Eintreffen der Genehmigung oder der Verweigerung derselben. Die vollmachtlose Stellvertretung ist also nach beiden Rechten keineswegs wirkungslos, ein abgeschlossener Vertrag nicht ganz ungültig, aber er äußert seine Wirkungen zunächst nur in der obligatorischen Bindung zwischen dem Vertreter und dem Dritten. Die dingliche Wirkung des Eigentumsüberganges tritt erst, wenn sie nicht vielleicht durch die mehr mechanischen Mittel der commixtio, consumtio und specificatio schon früher herbeigeführt wird, erst mit der Genehmigung ein. Bis dahin bleibt das alte Eigentum bestehen.

Das BGB.[3] giebt sogar dem Dritten, dem künftigen Darlehensschuldner, das Recht, diesem unerquicklichen Zustande durch seine Anfrage beim Vertretenen, dem künftigen Darlehensgläubiger, ein Ende zu machen. Erfolgt dann keine Auskunft über die Genehmigung binnen 2 Wochen, so gilt sie als verweigert. Ein Darlehen kommt also

---

[1]) BGB. § 177. 1.
[2]) S. Plank a. a. O. I. S. 229.
[3]) BGB. § 177. II.

überhaupt nicht zustande. Die Anfrage hat aber für den Dritten die Gefahr, daß eine eventuell dem Vertreter gegenüber schon früher erklärte Genehmigung oder ihre Ablehnung unwirksam wird, so daß der Dritte sich in der unangenehmen Lage befindet, entweder die Ungewißheit zu ertragen, oder durch die gefährliche Frage eventuell ein Recht, das ihm schon zustand, zu verlieren.[1] [2] Aus dem gemeinen Recht wie aus BGB. können wir also aus Vorigem gemeinsam die Konsequenzen ziehen:

Ist A als vollmachtloser Vertreter des B aufgetreten, und hat er dem C das Geld des B hingegeben, und C weiß um den Mangel des Eigentümerrechts auf Seiten des A, ist also schlechtgläubig, so tritt, wenn man von der commixtio, consumtio und specificatio absieht, überhaupt keine dingliche Wirkung ein. C wird deshalb garnicht Darlehensschuldner, sondern B kann regelmäßig gegen C mit der condictio sine causa, häufig sogar mit der rei vindicatio, wenn die Geldstücke noch individuell erkennbar vorhanden, vorgehen und kann eventuell von A, je nach dem Rechtsverhältnis das zwischen ihnen besteht, Schadensersatz verlangen.

C kann keine Entschädigungsforderung gegen den Darlehnsgeber geltend machen, da er sich seiner Handlungsweise voll bewußt war.

Diesem Zustand macht die Genehmigung des B ein Ende.

---

[1]) Streitfrage, ob diese Anfrage als Aufforderung zur Erklärung oder als bloße Auskunftsfrage aufzufassen ist.

S. Hölder S. 375. Kommentar zum BGB. Zu verstehen im Sinne der doppelten Aufforderung zur Mitteilung der bereits getroffenen und zur Vollziehung der noch nicht getroffenen Entscheidung.

[2]) BGB. § 178.

Nach gemeinem wie nach bürgerlichem Recht wirkt sie auf den Moment des Vertragsschlusses zurück und heilt das Darlehen von Grund aus. Die Wirkung ist dieselbe, als ob A von Anfang an mit Vollmacht gehandelt hätte. Die Sachlage ändert sich ein wenig, wenn, bei dem im übrigen gleichen Thatbestand, C sich in Unkenntnis über den Mangel der Vollmacht, also soweit im guten Glauben befand. Daß hier im gemeinen wie im bürgerlichen Recht Genehmigung eintreten kann und Alles sich dann wie im vorigen Falle verhält, ist natürlich.

Zur Herbeiführung eines sofortigen Eigentumsüberganges genügt aber im Sinne des § 932 BGB. dieser gute Glaube nicht. Denn er bezieht sich eben nicht auf das Eigentumsverhältnis, sondern nur auf die Verfügungsberechtigung des A. Also C nimmt an, daß der thatsächlich vollmachtlose A von B bevollmächtigt sei. Nur nach dem weitherzigen Standpunkt des HGB.[1] würde dieser gute Glaube zur Herbeiführung des Eigentumsüberganges genügen. Nach BGB. aber gleichwie nach gemeinem Recht erwirbt, von den schon im ersten Teil besprochenen eigentümlichen Fällen des Eigentumserwerbes, der Vermischung, Consumtion und Specifikation abgesehen, der gutgläubige Empfänger durchaus kein Eigentum, sondern der Vertretene kann jederzeit das hingegebene Geld wie unter der Voraussetzung des bösen Glaubens von dem Dritten vindizieren. Die veränderte Wirkung aber zeigt sich hier in dem obligatorischen Verhältnis zwischen A und C. Diese Frage wird jetzt praktisch, da kein Darlehnsgeschäft zwischen C und B

[1]) HGB. § 366 I. Siehe Seite 16 ff. der Arbeit. Guter Glaube im BGB.

zustandegekommen ist, vielmehr C das von A Empfangene dem B hat herausgeben müssen.

Gerechter Weise haftet der Vertreter, wenn er arglistig handelt, aus seiner Handlungsweise dem Dritten für sein Verschulden. Denn C sieht sich durch ihn geschädigt und kann sich allein an ihn halten. Nach römischem und gemeinen Recht hat C hier die actio doli auf vollen Schadenersatz.[1]

Ein gleiches Recht steht nach BGB. dem vertrauensvollen Darlehnsempfänger aus § 823 zu, da durch die Schuld des A der C in seinem Vermögen geschädigt ist.

Nehmen wir nun aber bei der im übrigen unveränderten Sachlage an, daß der Vertreter C sich selbst im Irrtum über das Vorhandensein seiner Vertretungsmacht befand, den Mangel derselben also selbst nicht kannte,[2] so ist nach römischem Recht kein Schadensersatzanspruch des Vertragsgegners nachweisbar; da das römische Recht noch zäh am Verschuldungsprinzip festhält. Das gemeine Recht hingegen, wohl unter dem Einfluß des alten deutschen Rechtes, betrachtet die Verursachung zur Entstehung des Schadensersatzanspruchs für den Vertreter schon als genügend, und macht damit den Vertreter für die Gültigkeit seiner Vollmacht haftbar. Die Haftung des A aus seiner Handlung dem C gegenüber geht hier auf den ganzen Schaden, also auf das negative neben dem positiven Erfüllungsinteresse.[3]

---

[1]) So Dernburg, Pand. I. S. 248; Buchka, BGB. und gem. R. S. 32.

[2]) Irrtum sehr leicht möglich, z. B. wenn die Vollmacht gefälscht ist.

[3]) So Dernburg, Pand II. S. 28, 29. auch RG. Bd. 35. S. 135. Auch Regelsberger, Pandekten S. 599 f. Anders z. B. Zimmermann, „Stellvertr. negot. gestio". S. 294.

Auch das BGB.[1] steht auf dem Boden des Verursachungsprinzips, regelt die Ersatzpflicht des Vetreters aber natürlicher, d. h. milder. Es hat der Vertreter nur die Verpflichtung dem vertrauensvollen C das zu ersetzen, was der gehabt hätte, wenn von dem Vertrage keine Rede gewesen wäre, oder wie sich das Gesetzbuch selbst ausdrückt, „er ist nur zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, den der andere dadurch erleidet, daß er auf die Vertretungsmacht vertraut," das sogenannte negative Vertragsinteresse. Aber diese Haftung geht nie über das Erfüllungsinteresse, das sogenannte positive Vertragsinteresse, hinaus.

Die dingliche Seite des Darlehens wird durch diese verschiedenartigen Voraussetzungen, die so mannigfache obligatorische Wirkungen im Gefolge haben, weiter nicht berührt, sondern verhält sich genau so, wie früher entwickelt.

**b.** Praktisch seltener erscheint endlich der Fall, in dem A das Geld des Eigentümers B im Namen eines beliebigen Dritten X an den C als Darlehnsvaluta hingiebt.

Hier handelt es sich zunächst um die Frage, ob Eigentum auf C übergeht. Dieser Übergang hängt davon ab, ob A berechtigt ist, über das Eigentum des B. zu verfügen. Diese Berechtigung kann sich von vorneherein auf ein Rechtsverhältnis zwischen A und B gründen. B hat z. B. den A beauftragt über sein Geld zu verfügen, um den Eigentumsübergang auf C im Namen des X zu ermöglichen. Es kann aber auch die Einwilligung des B vorliegen. In diesen Fällen wird der Eigentumsübergang auf C stets herbeigeführt, und wenn die übrigen Voraussetzungen für ein Darlehen vorhanden sind, so steht nach dieser Seite nichts

[1]) BGB. § 179 II.

dem Zustandekommen des Darlehens im Wege. Die andere Frage ist, entsteht ein Darlehen zwischen X und C? Hier ist zu unterscheiden, ob A dem X gegenüber mit Vollmacht handelt oder nicht. Im ersteren Fall tritt also A als Bevollmächtigter des X auf.

Sehen wir von der Regelung im älteren römischen Recht ab, und nehmen wir die Voraussetzungen des Darlehens im übrigen als gegeben an, so kommt ein solches zwischen X und C nunmehr nach römischem, gemeinen wie bürgerlichen Recht gültig zustande. Hat dagegen im anderen Falle A keine Vollmacht von X, so kommt es auf die nachträgliche Genehmigung des X an.

Zwischen A und C entsteht, wenn das Darlehnsgeschäft zwischen X und C zustandekommt, gar kein Rechtsverhältnis. Denn A als Vertreter scheidet einfach aus. Ebenso wie zwischen B und A besteht auch zwischen X und A ein Rechtsverhältnis, aus dem sich die näheren rechtlichen Beziehungen zwischen X und A ergeben. Diese beiden Rechtsverhältnisse sind interner Art.

Anders ist die Sachlage, wenn A ohne Vollmacht des X handelt, d. h. X gar kein Darlehnsgläubiger werden will.

Es kommt dann selbst, wenn das Eigentum an dem Geld schon auf den C übergegangen sein sollte, niemals ein Darlehen zwischen X und C zustande, da kein auf ein Darlehen gerichteter consens zwischen den beiden besteht.

So ist die Sachlage, wenn A mit Berechtigung dem B gegenüber oder mit Einwilligung des B. handelt.

A kann aber ebensogut ohne jede Berechtigung das Geld des B dem C im Namen des X als Darlehnssumme hingeben. Dann fragt es sich zunächst wieder, was tritt nunmehr für eine dingliche Wirkung ein?

Nach dem Standpunkte des BGB. muß man hier zwischen gutem und bösem Glauben auf Empfängers Seite unterscheiden. Dieser gute Glaube des C., der einen sofortigen Eigentumserwerb für denselben zur Folge hat, kommt aber eben nur für das BGB. und auch hier nur in Betracht, wenn er sich auf den Mangel des Eigentums auf Seiten des A bezieht.[1] Und diese Unkenntnis darüber, daß A nicht der Eigentümer des Geldes ist, darf nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhen.[2] Nur in diesem Falle kann nach der Vorschrift des BGB. ein sofortiger Eigentumsübergang stattfinden. Bezieht sich hingegen die bona fides des B nur auf die Verfügungsfähigkeit des A, so ist sie auch nach BGB. wirkungslos.[3]

Daß bei eben diesem guten Glauben auf Empfängersseite das Eigentum des Geldes durch den C nach allen 3 Rechten, bei aller sonstigen Verschiedenheit der Gesetzesvorschriften, durch Ersitzung erworben werden kann, erscheint natürlich, und ist schon oben erwähnt. Ohne Rücksicht auf bösen oder guten Glauben kann endlich nach römischem, gemeinem wie bürgerlichen Recht der Eigentumserwerb des Empfängers, durch Vermischung, consumtion und specification[4] ermöglicht werden.

Endlich kann B nachträglich die Verfügung des A genehmigen und damit den Übergang des Eigentums herbeiführen.

Trotzdem also A in völlig unberechtigter Weise über das Geld des B verfügt, kann ein Eigentumsübergang des Geldes auf den C sehr wohl stattfinden, und wenn wir

---

[1]) s. S. 16 ff. der Arbeit und § 932 BGB.
[2]) § 932 II BGB.
[3]) Näheres S. 19 ff. der Arbeit.
[4]) Vermischung, consumtion und specification s. S. 23 ff. der Arbeit.

im übrigen ein auf ein Darlehen gerichteten consens zwischen X und C annehmen, auch zwischen diesen beiden das Darlehen zustandekommen.

Das Zustandekommen eines Darlehens in diesem Falle vorausgesetzt, ergeben sich folgende obligatorische Beziehungen.

Zwischen X und C entsteht hier die Darlehensobligation. Zwischen A und X besteht das Rechtsverhältnis interner Natur, das sich wohl regelmäßig als Auftrag oder negotiorum gestio darstellen wird.

Zwischen A und C entsteht und besteht gar kein Rechtsverhältnis. A ist als Vertreter des X aufgetreten. Es bleibt nur die Stellung des A zum Eigentümer des Geldes, B, zu untersuchen. Auch dieses Verhältnis ist innerer Natur und soll deshalb weiter nicht erörtert werden. Je nach dem juristischen Charakter dieses Rechtsverhältnisses wird der Übergriff des A dem B gegenüber verschiedene rechtliche Wirkungen hervorrufen. In allen Fällen aber muß sich B, um einen Ersatz für sein verlorenes Eigentum zu bekommen, an A halten. Denn C hat ja Eigentum an dem Gelde erworben, damit hat B die rei vindicatio gegen C verloren, sodann ist ein gültiges Darlehen zwischen X und C zustandegekommen, damit ist B auch der condictio gegen C verlustig gegangen.

X selbst hat das Geld des B niemals besessen, der Vertreter A hat nur in seinem Namen gehandelt, und ihn damit zum Darlehnsgläubiger gemacht. Zwischen X und B besteht deshalb gar keine Verbindung. B kann sich deshalb zweifellos nur gegen A wenden.

Die condictio, eventuell die actio doli, nach RR., die Schadensersatzklage des § 823 nach BGB. sind die allgemeinen Mittel, um den A zur Entschädigung zu zwingen.

Bei weitem anders stellen die obligatorischen Wirkungen sich beim Nichtzustandekommen eines Darlehens dar.

Mag Eigentum an dem hingegebenen Gelde auf den C übergegangen sein oder nicht, jedenfalls ist von einer Darlehnsverpflichtung zwischen ihm und X so wenig, wie zwischen ihm und einem der anderen hier Beteiligten die Rede. Kein Rechtsverhältnis verbindet ihn deshalb mit A und mit X. Er ist völlig unbeteiligt und scheidet aus.

Für den Verlust, der den C durch das Nichtzustandekommen des Darlehens treffen wird, kann sich dieser wiederum allein an A halten, denn dieser hat ihn, wenn nicht verschuldet, doch sicherlich immer verursacht. Die Schadensersatzpflicht des A regelt sich hier geradeso, wie im Vorigen schon ausführlicher besprochen.[1] Das Rechtsverhältnis zwischen A und B ist gleich wie im vorigen Falle durchaus interner Natur. Aber der Empfänger C wird, wenn er auch schon Eigentum an dem empfangenen Gelde erworben haben sollte, und deshalb mit der rei vindicatio nicht mehr gegen ihn vorgegangen werden kann, jedenfalls, da doch kein Darlehen zustande gekommen ist, auf Herausgabe der valuta haften. Das natürlichste wird es nun sein, daß B sich mit der condictio sine causa oder nach BGB. auf Grund des § 812 direkt gegen C wendet.

Natürlich steht es dem B jederzeit frei sich statt dessen mit einer Schadenersatz-, eventuell einer Bereicherungsklage[2] gegen A zu wenden, und diesem ist es dann überlassen, seinen Regreßanspruch gegen C geltend zu machen, der mangels eines bestimmten Rechtsgrundes auch nur in der condictio sine causa wirksam werden kann.

---

[1]) S. Seite 49 f. d. A.

[2]) A ist doch mindestens um den Bereicherungsanspruch gegen C bereichert.

# C.

Wenn wir nun zum Schlusse, nochmals einen Blick auf die sämtlichen Resultate werfend, uns vor Augen führen wollen, inwieweit das BGB. mit seinen Bestimmungen auch für unseren Thatbestand ändernd und bessernd eingegriffen hat, so können wir das am kürzesten an der Hand zweier kleiner Sätze thun. Die Aufnahme des deutschrechtlichen Prinzips „Hand wahre Hand" im Gegensatz zu dem gemeinrechtlichen Grundsatz „ubi rem meam invenio ibi vindico" giebt diesen Fortschritt vielleicht am besten wieder.

Denn im allgemeinen zeigt weder die dingliche noch die obligatorische Seite unseres Falles bedeutende Abweichungen in der Behandlung durch die beiden Rechte. Hingabe und consens bilden auch heute noch die Vorbedingungen für das Zustandekommen des Darlehens überhaupt. Die Perfektion d. h. der Eigentumsübergang kann durch dieselben künstlichen Mittel erreicht werden. Die Verpflichtungen beim Zustandekommen und Nichtzustandekommen des Darlehens für alle Beteiligten sind im Allgemeinen dieselben geblieben.

Allein der Schutz des guten Glaubens verhilft jetzt dem gutgläubigen Empfänger des fremden Geldes sofort zum Eigentum und damit, die übrigen Voraussetzungen als vorhanden angenommen, zum Darlehen, ein Erfolg, der nach gemeinem Recht erst auf großen Umwegen erreicht werden konnte.

So einfach diese Bestimmung unseres Gesetzbuches auch erscheinen mag, liegt doch darin ein unermeßlicher Fortschritt im Verhältnis zum früheren Recht.

Durch die Aufnahme dieses einen Prinzips vor allem schützend und fördernd auf die allgemeine Verkehrssicherheit eingewirkt zu haben, wird ein stets unverkennbares Verdienst des BGB. bleiben.